

# 現代法としての独禁法

——いわゆる経済法との連関を中心として——

池 島 宏 幸

はじめに

一、経済法という概念の歴史性

二、経済法の出現と展開——独禁法制と経済法制の相克へ

三、独禁法の法的規制とその限界

四、独禁法と経済法の世界的背景

五、資本主義経済と経済法体系

六、独禁法の政策化現象——独禁政策と産業政策そして経済政策における法の問題

むすびにかえて——商法↓独禁法↓経済法による立体的規制と政治的論理の展開の契機——消費者・利用者運動の必要

は じ め に

まず、独禁法（正確には、私的独占の禁止および公正取引の確保に関する法律）とは、なにかの問題、その実体の問題は、独禁法ないし独禁法制と経済法ないし経済法制との連関の問題として考えられよう。ここでは、それをつぎの

三つの側面、一つは、用語の問題、つまり独禁法とか経済法との概念規定の明確化の必要の可否の問題、二つは、時代の問題、つまり戦前の経済法とか、戦後導入の独禁法とか、経済的背景との関係であり、三つは、世界的背景として、つまり資本主義法とか、社会主義法とかの問題などの側面において、検討してみたいと思う。

独禁法の問題が、経済法との連関で問題とされたのは、わが国においては、とくに戦後の問題であることを看過してはならない。戦後二〇数年の経済法制の展開があるとすれば、そこにおける独禁法制の位置づけ、この二〇数年の資本主義法制→現代法という基盤をもとに展開されてきた独禁法制が、はたした機能、役割をもとに、とくに、「敗戦という大きな断絶」というメルクマールはあるが、一定の連続性をもつ現代経済法体系に新たに戦後、独禁法が導入されてこれを中心とする独禁法体制の出現は、どのような問題としてとりあげられるであろうか。どのような法目的をもっていたのであろうか。そしてその独占規制とは、どんなものであるかなどをからめて、いわゆる経済法との問題を検討してみたいと思う。

(なお経済法学会編・独占禁止法講座一卷総論二章二節第2)「独禁法と経済法」(池島執筆)とあわせて参照されたい。)

## 一、経済法という概念の歴史性

もともと経済法とはなにかの問題が問われたのが、第一次大戦後の敗戦国ドイツの経済復興下において形成されていた法形式(Wirtschaftsrecht)であって、ドイツでの多彩な経済法学説の展開とその法的问题点そしてナチズムの抬頭とその思想的背景などがそのままの形でひきうつし的に、大正末年から当時の日本へ全体的に導入され、当時の日本の法学者がドイツへ留学してドイツ経済法学をも継受してきていた。このような新しい法形式によって、当時の経済的背景としての日本経済の重化学工業化政策をじくじくに再編成を、準戦時体制下にむかって、経済立法という一連

の法形式によって漸次的にこれをおし進めていった。そのような背景のもとで、わが国においても経済法とはなにかの問題は、戦前において大いに論争の対象となっていた。<sup>2)</sup>このように、経済法の問題は戦前からの問題であったのである。すなわち戦前において経済法が、統一的な法典を欠くこと、および、その法制度が、商法、行政法および社会法の概念などと表裏一体的な形態で戦前にあらわれてきたこと、つまり商法学者がたまたま経済法を紹介する、行政法学者が経済統制法という行政権力の発動形式として経済法の紹介をする、経済法が社会法か否かなどについて社会法学者と称する人たちが経済法を紹介する、ある意味では社会法学者が一番最初にぎ折してゆき反動的になっていた。経済法だけを研究する学者は初めには生まれてこなかったことなどによって、法的体系自体の確定作業がまざとりくまれ、いきおい経済法の概念、対象、法原理などその基礎的構造の問題にしばらくはなら、あまり生むものはなかったが、特別立法である経済統制法が先へ先へと生まれてきた。資本主義経済の諸矛盾の集中的形態としての太平洋戦争という第二次大戦の戦時経済のもとで、いわゆる戦時経済統制法という個別実定法制度をめぐる論議の展開の形態で、戦前の最終段階に敗戦という終止符をうって、その一応の解体をみた。

敗戦そして被占領という特殊な状況のもとでの変革をへての展開↓財閥解体・経済民主化政策・経済復興という経済政策の中心をなした、アメリカの反トラスト法の導入による一定の反独占政策を、反映して一九四七年（昭二二）に経済憲法といわれた独禁法を登場せしめたことによって、いきおい独禁法を中心にすえての経済政策立法ないし経済法の論議が、戦前からの断絶をこえての連続と、ドイツ法への回帰的現象とともに抬頭してくる。戦前からの経済法の流れは一応解体したが、それを研究していた学者は残っている。いっきょに新しく入ってきた独禁法を中心にすえて議論する。ドイツ法中心の戦前の日本経済法学会からアメリカ法中心の戦後の経済法学会へと移行していった。

この意味で、戦後は、独禁法↓経済法↓独禁法という、つまり独禁法とは経済法であり、そして経済法とはなにかの間に對して、独禁法を中核にすえての議論を必然化して、現在にいたっている。

このように独禁法と経済法の問題には、ドイツ法的な問題から、アメリカ法的なそれへの歴史的な断絶とある意味においての連続が存在することが充分前提とされなければならない。戦後は、このように丸がかえかつ統括的に、(その意味で経済憲法といえる)独禁法という統一法典という一般的法形式の存在によって、戦後の日本経済の混乱の一定の急激かつ鎮静的かつその後は加速度的寡占・高度経済成長的效果がもたらされてきている。それは、当初アメリカにおいて形成・展開された法形式をひきうつし的に導入したという点、戦前の経済法の認識とは、その背景において大きくことなる点であろう。また、独禁法がいわゆる経済法あるいは、社会法であるかどうかの問題が従来ほどには、議論があまり多くない。このような概念規定がまず、今日の法学において、どれほどの意味をもつかという、かなり実践的なメリットの有無の問題ともうけとめられていてあまり議論が多くない。世界的な背景としては、日本法百年の歴史的展開の過程において、企業・資本に関する法の周辺に、企業とか資本をめぐる法が形成・展開してきている<sup>(3)</sup>。戦前では今世紀初頭、大正時代以降の経済産業立法からはじまり、第一次大戦のもとで先発的に経済統制法がその中心部分に、位置していたが、それが戦後には、後発的に独禁法を中心として再編成された。それが、戦後二十数年の現在では、一方一つの大きな考え方としては、いぜんとして独禁法が中心であるとするのに対して、他方独禁法はすみによっていても独禁法自体の法的地位はいぜんとして高いが、それ以上に量的に財政投融资関係の立法がその比重を多くしてきていないだろうかともいわれだしている。これらを問題意識にふまえて検討してみよう。

## 二、経済法の出現と展開——独禁法制と経済法制の相克へ

### (1) 戦前の現代経済法の形成と展開

一八六八年明治維新を契機として、近代国家への一步をふみだしたわが国は、政府の伝統的産業育成政策によって、資本主義化が強力に推進されていった。近代資本主義的企業にかなする法としての素朴な初期的商法典（一八九九年—明三二）を中核として、企業をめぐる法が具体的に集積され、それらがいわゆる近代経済の法として出現していった。国家・政府の手厚い保護のもとに、三井、三菱、住友などの巨大財閥による産業支配機構の確立は、いずれも第一次大戦前後になされた。戦時恐慌の開始と連続する恐慌の慢性化により、急激に展開した矛盾をばくろし、全社会的規模での階級的諸矛盾の激化を現出し、これに対応するいわゆる「国家の手」は、極度の国家の干渉・介入によって、すでに明治初年からの独占的な政策を内包しつつ、形成、展開し、昭和のいわゆる「丸がかえ」の体制へ向う。<sup>(5)</sup>

明治前半の官営事業、殖産事業、国立銀行などへの極度の国家の介入、明治後半には、次第に経済の自主的發展への干渉であったものが、第一次大戦後になると、本質はともかく、その機能において、従前とは異質な一段とはげしい干渉・介入となる。絶対主義とか重商主義のからみあった特殊日本の介入の形態をとってなされた。近代的な経済の法といえるような広い意味での経済産業立法が形成されはじめ、それらは、とくに「資本」にとっては、一般的な平等関係にたつ市民法的権利を補償する「特権」を必要とするための法的枠組みとされた。それは、第一次大戦を契機として、一連の①戦時経済統制立法（たとえば一九一七年（大六）戦時船舶管理令・対敵取引禁止令、一九一八年（大七）軍需工業動員法、一九一九年（大八）物価統制令）や②戦時産業保護助成立法（一九一四年（大三）戦時

海上保険補償法、一九一五年（大四）染料医薬品製造奨励法、一九一七年（大六）製鉄業奨励法、一九一八年（大七）軍用自動車補助法）が出現したが、その後の現代経済法の形成の先駆をなしている。これらは、一部産業（製鉄業と重化学工業）の保護助成のための「特権」であるとともに恐慌に対処するための経済的特権であった。<sup>(6)</sup> 市民の権利關係を超えた資本のための「特権」が、その後いわゆる経済法という名の特別法によって用意された。

大戦後の連続的恐慌と独占化の動向の拡大により、独占助長の国家的介入は、強権の本格的なものへ展開する。産業保護立法、独占助長立法（資本救済立法、独占促進法）、貿易振興立法などによる金融資本の擁護の政策が、とくに一九二〇年代後半（昭和初頭）から特徴的になってくる（たとえば一九二七年（昭二）銀行法にみられる合併促進政策、一九二五年（大一一）重要輸出品工業組合法と輸出組合法——世界最初の強制カルテル法による輸出・貿易政策）。

そして、一九三〇年代には全面的な国家独占資本主義への移行により、経済政策に一つの転期を画して、従来からの個別的産業・企業対策から基本的・総合的経済対策へと脱皮してゆく。<sup>(7)</sup> そこに画期的に出現したのが、一九三一年（昭六）重要産業統制法をはじめとする一連の業法および各種の組合法である。これらにより、私的、自主的カルテルにたいする法的強制力の裏づけをあたえて、いわゆる戦前の国家独占資本主義の体制は、はじめて本格的展開の基礎をあたえられた。この体制は、国家によるカルテル協定違反者およびアウトサイダー規制にたいする一九三六年（昭一）の重要産業統制法改正により、決定的となり、さらに一九三八年（昭一三）の国家総動員法およびぼう大な統制令とによって完成された。

戦前つまり第二次大戦終了までの日本の経済法の基調が「経済危機を独占の利益のために打開する法」で、「当時<sup>(8)</sup>の経済恐慌にさいし、国民に犠牲をしわよせながら独占体を救済するねらいで制定された」ものであったように、こ

の体制は、一路破局へむけての資本救済を企図する経済統制法として形成されてゆき、一九三七年（昭一二）七月の日中戦争突入後、翌一九三八年（昭一三）の国家総動員法を基軸とする戦時経済統制法の巨大な体系が、いわゆる私法体系—民法・商法の体系に根本的な制約をくわえて、商法の企業法化と経済法の統制法化とが表裏一体して展開していった。<sup>(9)</sup>

このように戦前の現代経済法は、国家独占資本主義経済のもとにおける国家の経済過程への介入を、法の側面においては、まずもって、強制カルテル政策を特徴的に反映していたのであり、重要産業統制法→国家総動員法を展開した統制経済立法をその特徴としていた。<sup>(10)</sup>

#### (四) 独禁法の導入と戦後の現代経済法の展開

戦後の現代経済法は、いわゆる経済民主化（反独占政策と近代化政策）による財閥解体関係法を出発点とした。

戦後は、占領軍によって推進されたいわゆる強権的な「横からの変革」は、日本を横からの近代化の過程にひきずりこみ、自主化のない経済民主化がうたわれた。この財閥解体は、①財閥代表としての安田保善社の自発的解体案による日本政府案によったこと、②コンツェルンの解体を、その構造の一単位にすぎない持株会社・商社などの解体にすりかえたこと、③無きずにひとしい金融機関の温存されたことなどの諸点に、限界をもっていた。<sup>(11)</sup>このような不徹底に終った戦後の経済改革は、象徴天皇制とともに温存された巨大な官僚機構と保守的政治権力、さらにはほとんど無きずにのこされ、看板をぬりかえただけの金融機関—銀行財閥—金融企業により、じょじょに骨抜きにされ、日本の民主化は、右側にねじまげられていく傾向をもったのである。

そして、反独占とならんで近代化を標ぼうする初期の経済政策に対応して、独禁法の登場となったのである。敗戦に

よるアメリカ反トラスト法の引き写しの導入による独禁法の形成は、戦前から、統一的法原理ないし指導指針の欠如を痛感していた日本の経済法学の理論的再編成にとっては、きわめて大きな意義をもったと思われる。この独禁法の制定には、①資本主義経済の展開の法則を立法によって規制しようとしたところに基本的な限界があった、②アメリカの反トラスト法の機能しうる範囲について、独占それ自体には寛大であるという歴史的展開の限界があること、③イタリア憲法（同四三条など）第三章経済的關係三五条（四七条）など（二十世紀型憲法）とことなり、反独占規定を日本憲法自体がもたない（十九世紀型憲法）ことから、独禁法違反が憲法違反の問題となりにくい傾向（憲法と経済憲法としての独禁法の連関）などの諸問題を当初より内包していた。その後の現代経済法の展開は、「独禁法によって具体化されつつある現在の経済法制のそれである」といえる。<sup>(12)</sup>

一九四八年（昭二三）の集中排除法の適用大幅緩和以来、反独占の側面は、じょじょに改正された独禁法をのこすだけで、独禁法自体も骨抜き改正され、穴あけ改正され、とめない後退の過程をたどり、空洞化して、ストップしてしまうのに反して、近代化の方向だけは、さらに新しく展開して、いわゆる「福祉国家化」という方向をとり、その場合、「経済と法」→現代経済法の側面では、現代的な「企業合同と法」、それにその実質的な内容となる「財政投融资と法」の問題の方向づけとなっており、より近代的な体質の寡占体制形成へ向ってゆく。初期の経済民主化政策は、戦前における企業合同によってきずかれた日本の独占を解体しながらも、再編成するとともに、ある意味では、独占復興政策と表裏一体をなして、矛盾なしで展開した。<sup>(13)</sup>まさに敗戦による統制経済から競争経済へとという転換を起点としてその具体化の過程の一面は、いうまでもない反独占政策、独禁法制の後退につぐ後退のそれであった。このような具体化の他面には、いわゆる近代化政策・産業組織合理化法制（経済再建→経済再編成）→独占助長法制の全面



的、全機構的な展開がなされてきている。<sup>(14)</sup>

このように戦後の日本の独占の規制は、独禁政策にもとづく独禁法を中心に展開されてきた。独禁法は、経済憲法とよばれるにふさわしい、基本的な法的構造をもつものであるけれども、現実には、これとことなる進路をとる経済政策が、その力を大きく弱める作用をはたしている。しかし、そのような政策といえども、独禁政策を否定しざるだけの力をもっているわけではない。むしろ逆に独禁政策の側からみれば、そのような圧力に抗しうるだけの合理的根拠をそなえているといえる。<sup>(15)</sup> また体制的にも独禁政策の一定の存続を要求しているからにはかならないからといえよう。

### 三、独禁法の法的規制とその限界

#### (1) 独禁法の法的構造

第二次大戦の終局にあたり、ポツダム宣言を受諾した日本の負った最も重要な課題の一つである経済民主化の使命をになつて、一九四七年（昭二二）に制定された独禁法は、公正かつ自由な競争を促進し、国民経済の民主的で健全な発達をはかることを目的として、私的独占・不当な取引制限および不正な取引方法の禁止を中心的な柱として、数多くの経済立法とともに資本主義経済のもとにおける各種の企業に、その規制を及ぼしている。民主的で公正かつ自由な経済のもとでの企業組織と企業活動の基本的なあり方を規定するものであり、企業ダイナミズムの経済的な基本的原則を宣言したものである。その意味において、経済憲法ともいわれるのである。

独禁法は、このような目的達成のため、公正自由競争を妨げる各種の制約・阻害要因となる経済的行為・活動を防止しかつ排除しなければならない。それらは、私的独占、不当な取引制限、不正な取引方法、事業能力の過度の集

中、生産・販売・価格・技術などの不当な制限その他いっさいの事業活動の不当な拘束である。独禁法は、これらの事項を禁止すると同時に、これに対する違反がある場合における措置について定めることが、主たる内容をなしている。

すなわち、独禁法の中心的実体規定は、三条の「私的独占および不当な取引制限の禁止」の規定と、一九条の「不公正な取引方法の禁止」などの類型規定である。その他の諸規定は、いわばこれら二つの規定を補完し、その違反を予防するための規定で、他の諸規定の内容をなす、①「私的独占」、②「不当な取引制限」あるいは、③「不公正な取引方法」などの定義は、二条に定められており、これらによって、競争原理にてらして、競争制限行為を、公取委によって規制しようとする。もっとも競争維持の政策手段は、公取委の機能にのみ限定されているのではなく、他の行政機関あるいは司法機関によっても担保されている。

このような独禁法を中心として形成されてきた独禁法制は、ときどきの国家の独禁政策などによって、さまざまな具体的内容をあたえられ、一定の機能、役割をはたしてきている。

#### (ロ) いわゆる「独占」と独禁法上の「私的独占」

##### (a) 経済学上の「独占」一般

「独占」とは、もともと経済学上の概念として、一般的には、自由競争の反対物たる、「競争の排除されている状態」つまり「競争のない状態」とか、結果として現れた「市場支配 (market control) の状態」であり、広義には、複占や寡占をもふくめて理解され、単独の、あるいは少数の大企業による市場支配の存在あるいは状態であり、市場構造を表現する構造的概念であるとされる。

このような経済学の対象とする独占は、独占一般を当然の前提としている。たとえば、完全独占(perfect monopoly)、『単純独占 simple monopoly』、『需要独占(monopsony)』、『双方独占(bilateral monopoly)』、『寡占(oligopoly)』(競争的寡占、協調的寡占)、『複占(dupopoly)』などのように完全競争市場にたいする企業の対応存在形態をあらわす用語などがつかわれる。

(b) 独禁法上の「私的独占」

独禁法では、とくに独占一般について法的な概念を規定していないけれども、同法の禁止する「私的独占」(二条五項)および「不当な取引制限」(同六項)の定義的規定に関連して、一定の法的用語によって、「独占」の意義を、内容的に明確にしている。それは、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ということである。もっとも、この用語は、「私的独占」の禁止の予防措置として定められている株式保有の制限(一〇条、一四条―株式所有報告書)、役員兼任の制限(一二条―役員兼任届出書)、会社合併の制限(一五条―合併届出書)にも用いられていて、独禁法上の規制における、もっとも重要な規程概念を構成している。

「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」とは、「市場支配する」行為、すなわち「独占力(monopoly power)＝市場支配力、総合的経済力」の発動(獲得・維持・行使)にはかならず、そのような力を有する状態、あるいは、近時では「有効競争(workable or effective competition)」を期待することもほとんど不可能な状態と理解されてきている。これが、すなわち独占状態である。

単的にいえば、このような状態の発生を、独禁法は防止しようとするのであるが、独禁法は、このような状態そのものを禁止するのではなくて、そのような状態をもたらし、あるいは維持するなんらかの行為で、他の事業者の「支

配・排除」という行為を通じて行なわれるもの、すなわち「私的独占」を禁止する建前をとっている。つまり、このような市場支配をもたらす行為、すなわち「私的独占」をもたらす行為の結果として、公共の利益に反して一定の取引分野における競争が実質的に制限されるという事態（ある「行為」が力をふるって「結果」として独占がもたらされる）の出現によって、はじめて「私的独占」が問題とされる。禁止されるのは経済学でいう monopoly ではなく、monopolize, monopolization である。独禁法という「私的独占」は、このように、いわゆる積極的な行為概念として構成されている。前述の経済学上の独占が構造概念であったことと対比される。その意味で一つの限界が存在することとなる。

独禁法制は、本来このようにあらゆる、あるいはすべての独占の否定を内容とするものではなく、たとえば、公的な独占さらには公益事業についての独占などにかんしての容認が同時になされることを前提としている。<sup>(16)</sup>たとえば、事業者の行為の態様として、私的独占となるような場合として、他の事業者の事業活動の支配または排除という積極的な行為を必要とするから、法律の規定によって独占的な地位をあたえられることによって生ずる法的独占（たとえば特許法による特許権、ノウ・ハウ）、行政庁の許認可にもとづく行政独占（たとえば日本放送協会）、適法な独占体との関係によって生ずる反射的独占（たとえば日本交通公社の国鉄乗車券売捌業務）などのように受動的な市場独占は、独禁法におけるいわゆる私的独占に該当しないことになる。<sup>(17)</sup>

したがって、この意味で、独禁法の適用除外立法および独禁法自体の適用にならない範囲は、非常に広いし、つまりその適用範囲はきわめて限定されていて、万能ではないという限定の上に独禁法を正確に機能させてゆくべきであろう。

このように、「私的独占」といっても、かなりその範囲が限定された要件であることがわかる。

結局、「私的独占」というのは、事業者が、①「単独に」、または他の事業者との、②「結合・通謀などの方法」によって、他の事業者の事業活動を、③「排除」または、④「支配」し、⑤「公共の利益に反して」（反公益性）、⑥「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」行為（経済的効果の側面では市場支配）のことである。そして、その「独占をもたらす行為」形態（経済的本質）としては、巨大な単独企業のほか、典型的な現象形態としては、ラスト、コンツェルンないしカルテルといった企業合同（経済力の集中）の形で現われるもので、いずれも自己の支配力を強化して独占を確立・維持しようとする事態をさすものである。

したがってこのように一定の独占、すなわち私的独占という限定的概念のあらわす範囲においての法的規制を目的とするのが私的独占禁止法であり、一定の領域における私的独占の発生を防止しようとするものであり、一定の領域たとえば一定の市場における公正自由競争の法として、すなわち最近の実態としては一定の領域における企業合同・寡占と有効競争の法として、そこにおける私的独占は、行為概念として構成されているのである。そこでは、近代法・近代市民法の三大カテゴリーといわれる「人」「物」「行為」の法的論理の展開の延長上のものである行為概念を、現代法である独禁法も、いぜんと踏襲・維持している。ここに独禁法の法的な構造的限界が存在する。このような独禁法の論理的自己矛盾にたいして、経済学レベルの用語たとえばマーケット・ストラクチャー、パッホーマンズ規準など近代経済学のいろいろな概念が独禁法を解釈するために使われているが、それらが、法的な規準として、とり込めるかどうかの問題とは別問題である。一定の限界の充分なる認識のうえに、その法的論理構成がなされなければならない。

このように独禁法の独占規制についての一定の本質的限界と矛盾性を前提にして、経済法制との関連をみる必要がある。

#### 四、独禁法と経済法の世界的背景

##### (1) 反トラスト法の機能と反独占法の限界

アメリカにおける反トラスト法（反トラストおよび取引規制法—antitrust and trade regulation laws）の制定は、一八九〇年シャーマン法（Sherman Act, 1890）にはじまり、一九一四年クレイトン法（Clayton Act-Including the Robinson-Patman Amendment, 1914）の二つの主な法律によって、独占段階の独占の規制に対応する立法として、形成されてきた。<sup>(8)</sup> 普遍的な法体系として、経済の全部門におよぶ。<sup>(9)</sup> 反トラスト法のもとでは、連邦政府は、裁判所の差止命令および刑事訴追によって、一会社、または一グループの会社が独占を形成し、または不当に取引を制限することを、阻止しようとする。たとえば、非常にわずかな例外をのぞいて、会社が価格協定をすることは違法である。政府による同法の運用のほか、反トラスト法違反行為によって、損害をうけたものは、何人でも自分自身で訴を連邦裁判所に提起して、その損害額の三倍の賠償をうることができる（三倍損害賠償請求の訴訟—recover threefold the damages シャーマン法七条など）。さらに連邦法違反があると、州は連邦法にもとづいて、市民のために三倍損害賠償請求の訴えを提起することができる。<sup>(10)</sup>

この反トラスト法は、その対象を「ゆるい結合（カルテルないし紳士協定型の競争制限）」および「かたい結合（独占・寡占的企業の形成とその市場支配）」、それに不公正な競争方法ないし偽瞞的慣行としている。ところが現実には、

独占・寡占的企業の排除・解体にたいしては寛大で、競争方法の規制にたいして相対的に厳しいということもあって、独占体を急速に、より高度のかたい結合へ展開させて、企業集中の促進要因として機能したといわれる。それだけでなく、労働運動の弾圧に大きな役割をはたした。反トラスト法における私的カルテル制限・禁止規定の存在とその規定の機能は、ニュー・ディール政策のもとでの「政府とビジネスの協同体制」の中心的立法である「全国産業復興法(National Industrial Recovery Act, 1933)」に於いて、同法の施行はわずか二年たらずではあった(一九三五年に同法などの連邦最高裁の違憲判決により消滅した)が、価格協定・生産統制を認める規定がふくまれていたため、産業のカルテル化、独占化は進行し、増大した。<sup>(21)</sup> 反トラスト法の歴史的前提は、独占段階になって、きしくも、逆の結果つまり強制カルテルによる国家的統制による独占体の形成を結果せしめたのであった。その後、一九三八年に有名な「反独占教書」の発表により、ルーズベルト大統領は、独占禁止政策の根本的強化とカルテル取締を述べているが、これは第二次大戦後、世界的に独禁法と独禁政策に大きな影響をあたえている。戦後の事態については本稿では省略するが、このような反トラスト法運用の現実が、独占・寡占的企業の排除・解体というよりも、競争方法の規制政策に縮小していることは、企業間の取引のあり方というかなり一側面のみ、焦点をしぼることとなっている。寡占下における有効競争という競争促進のための概念の運用では、当然かつ必然的な動向といえなくもない。<sup>(22)</sup>

(四) 社会主義経済法の形成と展開

(a) 経済法概念のソビエト経済法

いわゆる経済法概念の検討にあたって、現代の世界の法体系は、資本主義法体系と社会主義法体系、A・A諸国法体系に三大類型しうる現在において、資本主義法としての経済法と社会主義法としての経済法というカテゴリーを設

定しうるであろうし、日本の経済法の問題を考察するにも、いわゆる比較法的にも、この点の一応の概観が必要であろう。本稿でも、この意味で、後者の代表的なまた、社会主義法自体にとっても経済法が、重要な意味をもっているといわれるソビエト経済法の状況をみておこう。<sup>(24)</sup>

ソビエト経済法の歴史的展開については、まず一九二〇年代には、二一年の新経済政策（いわゆるネップ）への転換とともに、二二年には、ロシア民法典（商事規定を包含する）などの成立、翌二三年には、商法の草案の発表、国有工業トラスト規程などが成立した。当時は、これらの法令を経済法という構想で体系的にとらえることが支配的であった（ヘーデマンの *Wirtschaftsrecht* の影響といわれる）。

一九二〇年末から三〇年代はじめでは、ストウーチカの二部門法の理論によって、経済行政法と民法（個人が関係する法）によって、前者による国营企業の規制がなされた。

一九三〇年代前半は、三四年ソ連経済法典草案、三五年ギンツブルク、パシュカーニス「ソビエト経済法教程」二巻によると、経済法（民法をふくむ）を、経済にかんする法として、総合的、体系的にとらえた。三七年パシュカーニス逮捕を契機として、三八年ヴィシンスキーは、「経済法」を攻撃し、民法と行政法に二分割を主張した。

一九五四年から五五年にかけて、民法の対象をめぐる論争によって、経済法学派の復活の兆候がでる。五六年ソ連共産党二〇回大会後、パシュカーニスは名誉を回復、経済法学派は復活した。

一九五八年から六一年には、経済法の是非をめぐる大論争（アカデミーとモスクワ大スタッフ間）があり、民法学派（ブラートウスイ）と経済法学派（ラプチュフ）の論争で、後者は実務家の圧倒的支持をうけた（五〇年代末には、東独の経済法の影響が強いといわれる）。



一九六一年基本民法典制定により、ブラートウスイは民法学派の勝利を宣言した（行政法と二元論の維持）。

一九六四年ソ連共産党中央委員会は、法学教育についての決定において、経済法の教育の必要を指摘した。経済法の意義が認められ、論争にいちおうの終止符がうたれた。この反映として、大学のカリキュラムとして経済法講座が生まれた。ラプテフ編「経済法」（六五年初版、七〇年二版）が代表的である。なお、いわゆる企業法として、六五年秋には社会主義的国有生産企業規程が制定され、また、六六年以来、経済改革が順次実施されてきている。

(b) ソビエト経済法の概念規定と体系

ソ連の経済法は、国有経済の法、国有部門の法とされ、「社会主義経済における経済活動の指導と手続を定め、そこにおいて、社会主義的な企業および団体のあいだに、およびその構成部分である環のあいだに形成される経済関係を規制するソビエト法の規範の総体」である。ソ連出版の英文「ソビエト法概論」は、経済法を *business law* と訳している。その体系は、総則と各則的な部分からなっている。

以上の概観からでも、社会主義経済法の役割、機能は、資本主義経済法とは基本的にことなることがうかがえよう。しかし、これを必要以上に過少評価しえないであろう。

## 五、資本主義経済と経済法体系

(イ) 経済法制と反トラスト法制

経済法とはなにか、その概念を確定し、その意義を規定し、その定義をまとめることは必要かどうか。

経済法は、二〇世紀という新しい時代に対応して生まれた新開拓の分野であり、したがって経済法学が新しい学問

でありながら、第一次大戦後に経済法の問題が論じられはじめてから、それなりに法制度的にも、法学の対象領域の一分野としての展開がみられる。

いわゆる経済法が、新たな法概念の形成として出現したのは、第一次大戦中から戦後にかけて、ドイツの法学会においてであった。<sup>(25)</sup> 第一次大戦後のドイツでは、まず、経済的危機に対応するカルテル法制として、形成され、敗戦と戦後復興にたいする多数の特別立法によって、促進され、経済法は、歴史的には、恐慌の所産であり、危機の法(Krisenrecht)であった。しかし、たんなる危機の法にとどまらず、国民経済の構造の変動に対応して、形成されてきたことに、その意義があったのであり、それを日本は戦前においての国独資の展開に対応して導入していったといえる。

戦前における国家独占資本主義の経済政策の発現形態として、またその体制をささえる法体系の典型的なものとしては、「資本の自立性になお余裕のある場合の国家権力による追加需要の創出方式を主とするニューディール型」――TVA方式と「危機的状況の極限で資本主義体制の存立基礎である労働力そのものを規制するナチス型」との二つのタイプがあるといわれる。<sup>(26)</sup> 前者は、主として、資本規制的な反独占法としてあらわれ、後者は、労働規制的な経済法として展開した。また、前者では、その都度必要に応じて、統制が行なわれたにすぎないのたいして、後者は、全面的計画統制であった。もっとも両体制ともに共通する点は、国家の手によるカルテル強制というカルテル体制の一般化と全面的な展開があげられる。このことは、その政策と法のあらわれ方にはちがいはある点は注目されねばならないが、その本質においては、資本主義経済の高度化という事態に相対的に対応して形成されたといえる点で、そのあらわれ方のちがいはほどには絶対的なものではないかもしれない。

すなわち、アメリカにおける反トラスト法制の戦後の展開の動向は、その制定当初の目的、内容が独占体の横暴にたいする反感の具体化であったのにたいして、その後戦前の一定時期以後の事態のように、また第二次大戦後の軍需産業の独占的大企業化と国家による財政投融资の拡大によって、反トラスト法とその政策は、むしろ競争維持政策に転化したものとなっていることは、そのあかしの一つかもしれない。

(四) 日本における経済法と経済法学説

もともと、従来の経済法学では、その対象領域を設定することによって、経済法の概念規定をし、経済法体系の理論構成をすることに力点がおかれてきた。戦前以来ドイツでの多様な議論をうけて多くの議論があるが、いまだ定説がでていないこともあって、さまざまな定義がなされている。もっとも、まさに現代においてはむしろ、「春秋の筆法をもってすれば、定説が出ない、あるいは、それが出せないというところに、経済法の経済法たるゆえんがある」、まさにぬえ的な存在とする見方さえされているのであり、つまり「国家の経済社会への介入が全面的・積極的となるに應じて、保護と規制の対象、目的、方向、方法はきわめて多面的にひろがり、分裂し、到底これを単一の原理では包摂しえなくなる。これらの法現象が、伝統的な市民法原理では説明がつかないのはもとよりとして、積極的に新しい法原理で統一されるべき契機は、この中に存在しない」<sup>(26)</sup>からであろうといわれるが、事柄の本質を指摘したものといえよう。

(1) ここにおいて、従来からの経済法にかんする学説を理解のために強いて分類すれば、つぎの二大別ができよう。  
(a) 経済にたいする国家の介入の法と広義に把握する説

① 自由競争における（見えざる手にかわって）「国家の手」が経済に関与するものとして経済法をとらえる説<sup>(29)</sup>お

び「社会的調和に應ずるため国家が經濟に干渉する法」とし、広義の經濟法を經濟に関する法とし、狹義の經濟法を独禁法とする説<sup>(30)</sup>

② 独占の進行により、自律性を失うにいたった資本主義經濟体制を、「政府の力」によってささえることを目的とする法の總体とする説<sup>(31)</sup>

b) 「市場統制」、「經濟的從屬關係」などの一定の法的原理を前提的に設定して、狹義に限定的に把握する説

① 「市場統制 (Lenkung)」という概念を中心として、市場支配そのものを規制する法と規定し、独禁法理論を中核とする經濟法理論を構想する説<sup>(32)</sup>

② 「經濟法は、独占段階に達した資本制社会の支配構造に対応して成立し、展開する」とされ、「独占段階に固有な独占体を中心とした經濟的從屬關係を規制する法」とする説<sup>(33)</sup>—この説は国独資という用語を用いず、独占段階の高度化の下での從屬者の基本權として中小企業および（労働者たる）消費者の組織化の權利の確保の要請が經濟法の基本的論理とされる。また經濟法の形態を①カルテル、トラスト禁止法、②独占制限法制、③カルテル法制の三つの方向をあげる。

以上の学説は、いずれも、それぞれの經濟法理論を、事実上「独禁法」を中心ないし中核として展開する理論的學説が定着しているのが一般的である。これらは、法解釈という実践のための論理構成を主眼としている立場である。(2)これらにたいして、国独資段階という歴史的に規定された現在の經濟法を問題とする観点から、つぎのような見解が、いわゆる認識のための理論的仮説の設定の必要から、問題提起されている。

すなわち、「經濟法は、独占、中小企業、農漁民、消費者等のそれぞれ異質の經濟的利益を保護・規制し、その相

互の関係を規律し、利益を調整するもの」で、「資本主義経済秩序の国家による強力的維持、したがってその維持をのぞむ独占資本の支配利益の維持ということにつきる。」と説明し、もっとも「実用法学的観点からは、むしろ、統一的説明は不可能なので」、したがって、「原理的問題は、経済法という形をとる国家の経済社会への介入が、私的所有の運動との関係において、どのように展開するかを追求することにある。国家の介入は、所有の私的性質と社会的性質との分裂が顕著となり、交換過程内部ではその統一が不可能になったものを、交換過程外の経済外的力をかりてふたたび統一することを意味」し、「私的所有は、その回復された統一のうえに、その存立の基盤を保障され、再生産運動をつづけることができる。経済と政治との一体性、私的所有（現代におけるその担い手としての独占資本）と権力との不可分なむすびつき（国家独占資本主義）によってのみ現代資本制国家が維持される今日において、それを中軸において支える経済法は、現代法の中でも、すぐれて現代的な立法である。要するに、国家独占資本主義の法的指標であり、この中に、現代法のもつ諸矛盾は、集中的に表現されている。」<sup>(34)</sup>といわれる。

また、さらに戦後経済法学の問題点として、①独禁法中心の把握、②「国家論」の欠如、を指摘し、国独資法として認識し、政策手段として現象として経済立法の性格や役割りや機能、あるいはイデオロギー批判が主要な関心であり、「国独資段階において、国家の経済への介入により資本主義経済体制を維持することを目的にする法の総体」<sup>(35)</sup>と規定する。

また、最近「経済学、なかんずく日本資本主義史、ないし現代日本経済史の視点からみると、『経済法』を歴史的にも、また現在の法体系のなかにおいてもより広くとらえることが、より積極的な意味をもつ」、「<sup>(36)</sup>というのは、現代資本主義、とりわけ日本資本主義の構造を裏づけている法体系はいかなるものであるか、さらにいっそう具体的には

現代資本主義Ⅱ国家独占資本主義は、縦横にはりめぐらされた経済諸立法とこれを背景とした行政権の経済過程に対する介入によって特徴づけられており、「経済法学者によって一般的に取り上げられている範囲をはるかに超えている」<sup>(36)</sup>として広範囲に把握する動向が、経済法学に強い影響をあたえはじめてきている。

このようなかたちで、日本の経済と独禁法体系とこれをめぐる経済法学説を、まとめて理解したうえで、つぎに独禁法の現代法的な本質を検討してみよう。

## 六、独禁法の政策化現象——独禁政策と産業政策そして経済政策における法の問題

### (1) 法と経済政策

独禁法の諸規定の背後にある基本的な考え方あるいは独禁政策の実際の意義が、どのように存在し、それが一国の経済政策においていかなる位置づけがなされるのか、あるいはいかなる取扱いをうけるのだろうか。そして、それが法にどのように反映するか、あるいは法をどのようなものにしてしまうか。それがいわゆる「法と政策」あるいは「法と経済」という相互規定関係の問題であらう。

国独占段階においては、「国家・法・経済・企業」の一体化があらわれる。<sup>(37)</sup> 国家の経済過程への直接介入は、国家の総資本の代表としての経済活動そのものを意味する。法律はその政策の単なる外被にすぎなくなり、上部構造たる法の土台たる経済への本来の反作用を脱落せしめることとなり、法の相対的独自性の大幅な喪失、法の政策化の現象が出現し、一般化する。権力を規制すべき法が権力を修飾・補強する法への転換という法の支配の変質を現出する。<sup>(38)</sup> 国家権力による管理経済体制により、資本主義体制の維持をはかることとなる。

したがって、資本主義体制下である以上、一般的には政府のおこなっている経済政策は、すべて独占資本の利益のための経済政策であり、その経済政策を基礎づけている理論は、マルクス経済学ではなくて、近代経済学のマクロの国民所得の理論である、<sup>(39)</sup>ともいわれている。

ここにいわゆる法と経済の問題については、法学の社会科学の隣接領域で、どの経済学を選択するかの問題は、今目的には決定的に、きわめて重要であることはいうまでもないであろう。

とくに独禁政策と産業政策の問題については深刻である。

たとえば産業組織政策をとりあげてみると、競争促進政策—公取委による独禁政策と、競争規制政策—通産省による産業政策とが相対応して併存しているのが現状である。

政府の直接的介入を必要としないまでに成長した独占・寡占企業が、一方で独禁政策の転換の要求と同時に、他方で産業政策の転換をも要求しているのが、現段階の大きな特徴である。

一九六九年(昭四四)中頃から、産業政策は「政府主導型」から「民間主導型」へ転換しつつある。

経済政策の形式的主体が国家である以上、「政府主導型経済政策」は同義反復にすぎない。経済政策の実質的主体が総資本であるとすれば、経済政策は常に「民間主導型」といわれうるからである。資本の側は、民間主導型産業政策を徹底すれば、「独占する自由」への障害となる原則禁止型独禁政策の転換が不可欠になってきているといわれる。<sup>(40)</sup>

独禁法は経済の憲法とか、基本法であるから、これは、国家の経済過程への規制・介入を単的にあるいは一般的・抽象的な規範形態で規定している。このような法律という形態は、国家の経済活動の内的形態、内容的には構成原理

（特定の・具体的・個別的施策）を表現する形態ではなく、外的な形態にならざるをえない。

法律という形態をとることによって、反対に国家に独占が規制され、従属しているという外見的・形式的転換がおこる。つまり、独占から独立した国家が、経済を規制している（法律による社会統制・規制）というイデオロギー的転換が行なわれることとなる。

法律が古典的論理をうしない、私的独占に従属した国家の経済活動あるいは経済政策の外被にすぎないものになってくると、「政策」そのものの内容が、国家そのもののあり方とともに、変化し、流動的なものとなり、政治的論理が導入される契機となつてゆく。<sup>(41)</sup>

経済立法も、経済計画や経済の実態から切りはなされたものではありえないで、計画にもられた将来のビジョン、構想によって、実はときどきの経済的現実を反映する一指標となつてにすぎないものもでてくる。

このように経済政策の一環である独禁政策<sup>(42)</sup>（公取委）と産業政策（通産省）の対決は、実は、本来両政策は「一つの根からはえた二本の枝」<sup>(43)</sup>であることから、本質的な問題であるかどうか問題のようである。

この両政策の関係については、独禁政策の後退、空洞化と相対的に、産業政策（寡占市場政策）↓積極的産業政策、産業保護政策の抬頭・展開しているという、量的な関係、表裏の関係で説明されているが、反独占政策における法の変化、変質という現実につかぎり、「法的判断の量と質」においては、認識は相対的（観察も）であり、量的にすべてを把握することは現在不可能であるし、しかるにそれが法違反か否かの判断は絶対的で、ややもすれば現状をジャスティファイするようなものとならざるをえないので、結論は初めからきまつていることとなる危険が多いことを充分考慮すべきであろう（たとえば新日鉄の誕生など公取委との一八カ月の攻防はあっても始めから結論が多



分に予測されていた)。

(四) 国家の介入と経済法

このように現代においては、経済のさまざまな側面に多様な形態で国家が介入し、全体として経済政策、つまり経済過程全体への国家介入のメカニズムの一つの具体的な法的表現形態として、いろいろな経済立法が形成され、経済法制の中核を構成している。それらの諸経済立法は、相互に関連しあって機能していて、その内容・運用のいかんは、直接、国民の経済生活を大きく左右するものとなっている。

とくに現代の経済にたいして、重要な機能をはたしているところの独禁法、各種の事業法、財政投融资関係法などは、国家とくに行政機関を通じて、時々々の経済政策にもとづき、経済への介入を内容としている立法といえよう。

現代法のもとの経済政策における法の問題は、いわゆる「法」とくに司法の問題に傾斜して考えられる法とは、現象形態をかなり異にした行政の問題に傾斜しての法として機能し、より積極的、より事前的な、機能をはたすものとして、形成される一連の経済組織・経済行為・活動のための立法およびその基本法としての企業の法および企業をめぐる法の検討が中心となっている。つまり「司法の法」から「行政の法」への現象の分析が問題解決の一つの糸口となっていないだろうか。

このように、現代国家における、行政権の優位・肥大化は、経済過程上への行政権の全面介入のための経済行政機関の増大をもたらし、国民経済の法による、規制として、すなわち、個々の経済主体とその相互関係などを規制する企業法や個々の経済主体と体制との関係などを規制する経済法などが一連の規制方式として出現する。

国家独占資本主義段階では、このようにして、独占資本と結合・癒着した国家が全経済過程に全面的かつ積極的に

介入することによって、資本主義体制を維持し、基本的に、独占資本の超過利潤の追求・資本蓄積の促進を保障することが本質的特徴である。国家はすでに市場における自律的調整作用を喪失した再生産構造に、さまざまな経済政策にもとづく諸立法を、その重要な法的枠組みとして、資本主義経済の矛盾のもたらす弊害恐慌の予防策として、事前に経済過程に介入することが必然的となる。

国独資の経済政策は、いくつかの点で具体化されるが、①租税、財政投融资、金融政策による景気回復政策、②国有化政策、国営化政策、③個別産業政策そして、④独禁政策などであるが、これらに対応する経済諸立法のあらわれ方と同様に、各国の歴史的諸条件、経済的諸矛盾の発現形態に対応して、相対的にさまざまな形式がとられる。これらの諸政策とその反映としての法の問題は、それぞれに、独占Ⅱ大企業と中小企業ないし零細企業および個別企業（会社企業と組合企業ないし個人企業）と複合企業（企業合同などによる）間、同種企業や異種企業のそれぞれの相互間、企業と一般消費者および地域住民（都市市民と農漁民）間、それも国内的企業との間にとどまらず、国際的企業との間などの、考えられるあらゆるアスペクトにおける利害の対立・矛盾の複雑なからみあいのなかに展開する。法的なレベルでは、たとえば一九五三年（昭二八）中小企業安定法の成立と独禁法改正（予防規定の消滅、反カルテル政策の変質―良いカルテルの出現）、一九五七年（昭三二）中小企業団体組織法の成立と一九五八年（昭三三）独禁法改正案、輸出入取引法案、一九六三年（昭三八）開放経済体制への自由化政策下における特振法案と中小企業投資育成株式会社法、中小企業基本法、中小企業近代化促進法の成立、などにみられるように、独占助長策の裏側には経済的弱者の保護政策という楯の両面をもって相互に多面的立体的に補完する機能をもった経済政策と法の展開がみられる。<sup>(14)</sup>

現代国家、法、政治、経済、企業の基本的な原理と、それらの相互の規定関係を充分に考慮して、あくまでも経済

の歴史的な展開の実体に対応して、「経済法はなにか」が、その現実と理念との関連において、究明されなければならない。経済法を経済の実質に対応させて、理解しようとする場合、戦前・戦中において、一般に経済法をもって、戦争経済の産物とする学説が存在したが、やはり資本主義社会の高度化という展開の所産としての「経済統制」、「経済規制」とか「経済介入」という現代国家の経済構造に固有な法として、経済法を把握すべきであろう。その形式においては、その発現形態が戦前・戦中の経済法においては、直接権力的であり、かつ強制的な統制法の形態をとったのにたいし、戦後の経済法の重要部分を構成するようになっていく財投法は、私法的な形式による多量の国家資金による方式（特別会計など）などが対照的ではあるが、しかも経済法こそは、近代法とは、その理念および現実の諸契機において、区別される現代法の中心部分を構成するものであり、近代私法としての民法および商法との対照においても、いわゆる経済法の現代法的性格を明らかにすべきであり、それらが、現実の経済社会においては、相互に補充しあい同時に相互規定している事実に着眼しなければならないであろう。

すなわち、現代資本主義の段階においては、急速かつ大幅な技術革新にささえられる高度成長は、企業に大量の設備投資を推進せしめることとなり、これと相対的に経済における国家の役割が増大する。これらの状況の積み重ね、段階の形成、さらには体制をつくりあげるべく規制するため、現代商法、「企業にかんする法」とともに経済法などの「企業をめぐる法」が形成され、展開するのである。<sup>(45)</sup>

いわゆる経済法が、経済組織法と経済活動法の二つの側面に分けられるとすれば、第二次大戦前の現代経済法は、企業の組織というメカニズムまでも変動せしめる現代企業合同法という枠組みにより、企業資金、金融規制法が中心をなした経済統制法という内容を中核にもっていたといえよう。またそれに対して戦後の現代経済法は、同様な現代

企業合同法を中心とする枠組みによってはいるが、財政資金の資本主義的経済組織の形成そしてその活動への投入とその流れの規制のためのいわゆる財政投融资法という内容を、中核に位置づけ、近時ますますその比重を高めているといえよう。この意味では、経済法を統制法から財投法への過程のなかに歴史的位置づけができる<sup>(46)</sup>。

むすびにかえて―商法↓独禁法↓経済法による立体的規制と政治的論理の展開の契機―

消費者・利用者運動の必要

現代の国民経済、すなわち国家独占資本主義経済をささえる基礎単位は、資本主義的企業であるから、経済介入・経済規制は、直接間接に、企業そのものおよび企業関係の統制・規制を中心とすることとなる。ここに、独禁法と経済法と市民法としての企業法たる商法との相互関係が問題とされる。

それについては、従来から二つの相対立する見解が存在する<sup>(47)</sup>。一つは、商法・経済法分離論、他は、合一論（統合論）である。分離論は、経済にたいする法的規制の態様には、①まず、個々の経済主体の利益を基礎として、それらの主体相互間の利益の調整を企図する側面と、②大きく、国民経済の利益を基礎として、個々の経済主体の利益を超えて全体的に調整を加える側面とがあるとし、前者の側面における法的規制を、商法が行ない。後者の側面における法的規制を行なうものが、経済法であるとして、両者は別個独立の法領域を構成すると解する見解である<sup>(48)</sup>。したがって理念も別々であると理解するのに対して、合一論は、商法は、企業関係の合目的な規制をなすことをその本質とし、その規制について固有の制約があるわけではないので、したがって全体経済の立場から、企業関係の合目的な規制を

行なう経済法も、本来商法と異質的なものとはいえず、過渡的な段階として、両者は一応別個の法領域として把握することをみとめるが、やがて両者は統合、合一されるとする見解である。<sup>(49)</sup> この見解は、どちらかというソビエト経済法の民法学派と経済法学派の論争の立場と表見的には通ずるものがある。

そして、さらに、分離論のなかには、独禁法は、経済法に属し、いわゆる経済法と同じ法的規制を行なうものと把握されるので、商法とも異質的なものとして、商法の法領域外に一括する説が少なくない。<sup>(50)</sup>

これにたいして、合一論の立場から、独禁法が全体経済の立場から企業関係を規制するので、商法とは一応その規制の角度を異にするが、それよりもむしろ、独禁法が企業を規制する見地は、経済法ことに経済統制法のそれと異なるとし、単にその規制の方向が逆であるだけでなく、経済統制法は、国家の特定目的達成のため、経済の計画的・統一的な指導においての国家的指導統制の法的発現形態で、これによる企業の規制も、主として各企業の具体的性格によって、全体経済における具体的地位とか機能によって、これにちがいがでることになる。しかし、独禁法は、企業の一般的組織および活動にかんする基本的な在り方、現代の企業ダイナミズムの経済的な基本的原則を宣言したものであるから、国民経済全体の立場から企業関係の規制を行なうが、これをたとえて、いわゆる市民法を中心である民法一条の私権についての公共の福祉・権利濫用の禁止の原則とか、民法九〇条の公序良俗違反の法律行為の無効の原則が、市民社会全体の立場から私法関係の一般的かつ基本的なダイナミズムを定め、私法の一般的基本原理を宣言しているのと対比しうるとし、いわゆる独禁法は、これらの私法の基本原理の企業法・資本法としての商法・経済法の領域における特殊具体的な発現形態であるとする。<sup>(51)</sup> そして、現代の企業のダイナミズムが、この原理のもとに機能しうるし、個々の経済主体相互間の利益の調整においても、基本的にこの原理によってなされるところとする。

合一論は、このように、独禁法と経済法との間に一線を画し、商法と独禁法の関連性を企業関係において、合一的に把握するのであり、分離論が、商法と独禁法を分離して、独禁法と経済法を統一的に把握しているが、独禁法の意義を再確認すべき意味においても、合一論的な立場から、独禁法が、あるいは企業関係について、一九世紀的市民法的な規制の延長上のものとして、いわゆるより個別具体的規制をなす経済法という法体系にたいして、独禁法の経済憲法的指導原理による一般的規制を注目しなければならないであろう。

つまり、「資本の集中の法としての商法」および、「資本の集中体の法としての会社法」そして、「公正自由競争（企業合同・寡占と有効競争）の法としての独禁法」、さらには「経済介入の法としての経済法」という一応個別の法領域の特性を前提として、その各法領域を綜合して、立体的合一的に把握する必要があるのではなからうか。<sup>(32)</sup>

したがって、経済法（いかなる意味内容がもられるかはきわめて問題であるが）にたいする一般法的な地位をしめる独禁法の役割を十分再確認して、①資本主義的企業と国民経済↓体制との関係が問題として規制される側面および②資本主義的企業と、いわゆる第三者（第三者には大企業をはじめ中小企業、消費者・利用者が入りうる）との関係が、国民経済↓体制とどのような関係にあるかが規制される側面の各々①、②について、独禁法は、事後的な行為、類型的な規制を行い、いわゆる経済法は、事前的な構造、類型的な規制を行っていると考えられる。<sup>(33)</sup>そして、前者が市場の論理を前提とする公正自由競争の促進を目的理念として規制しようとするのにたいして、後者は、このような規制を修正または制約して、個別的具体的な特殊な経済の構造そのもの、つまり経済過程そのものに直接介入する目的をもつものと考えられる。

したがって、経済法による規制が強ければ強いほど、それだけ、経済的な法則である市場の論理よりは、経済外的

強制である政治の論理が展開することとなる。一定の限界をもつ独禁法ではあるが、経済法体系の量的拡大そして、その規制の増大は必然化の傾向（今日の経済法的規制の大部分は、経済行政機構によってなされている）にあるとしても、経済法的規制によって、独禁法的規制の質的変化が、現在以上に拡大しないように、ここにこそ公取委の活動をささえる大衆的反独占運動である消費者・利用者運動が、必要かつ不可欠なものとなるのである。経済法的規制には、政治のエレメントが入りやすい側面が本来的に存在する。したがって、逆に良き国民的政治原理の導入は、一に、大衆的運動の成否および自覚と批判による息の長い存続によってこそ担保されよう。経済的民主化から消費者・利用者の保護へ、経済的不平等を打破し、生存の自由の確保のために、所有と契約にたいする規制は、国家的、官僚的統制・規制ではなく、国家的規制機構を民主化し、国民自身による、より民衆的な総合的・計画的な規制を必要とする。ここにこそ、消費者・利用者運動の問題が存在する。

- (1) 当時のドイツでは、あらゆる法的問題が、経済問題を中心として提起され、従来の法理論体系は、その絶対的性質(also-lute Charakter)を喪失するにいたったといわれる。橋本文雄「経済法の概念」社会法と民法五四四頁。Hedemann, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 1922, SS. 11—12.
- (2) 孫田秀春「労働法総論」、橋本文雄・前掲書、加古祐二郎「近代法の基礎構造」、黒板騎策「経済法の基礎的考察」早法三三巻など。
- (3) 池島「現代商法における企業と資本の法的構造」法律時報四三七号六四頁。池島・商法学の現代的課題参照。
- (4) 渡辺洋三「近代市民法の変動と問題」現代法の展開一一六頁、同「経済統制法と財産権」基本的人権二歴史一二〇五頁以下。
- (5) 池島「日本における企業合同法制の展開—近代化の問題とも関連して—」社会科学討究三九号六頁以下。
- (6) 金沢良雄「産業法」日本近代法発達史四卷二七七頁以下。
- (7) 池島・前掲企業合同法制七頁。
- (8) 富山康吉「現代資本主義と法の理論」二三四頁、二三五頁。

(9) 渡辺洋三「近代市民法の変動と問題」現代法の展開一一七頁。

(10) 正田彬「経済法」一一九頁一二〇頁。なお、一九三〇年代以降の戦前の経済関係立法を前半の時期の産業合理化政策の一環として恐慌克服政策の意味をもった一九三一年「重要産業統制法」・「工業組合法」の系列と後半の時期の一九三七年「輸出入等臨時措置法」・「臨時軍事費特別会計法」・「臨時船舶管理法」・一九三七年「各種事業法」・一九三七年石油業法など、による本格化、一九三八年「国家総動員法」・「電力管理法」による確立、一九四三年「軍需会社法」などによって極限に到達した戦時経済統制立法の系列の二系列の意義が指摘されている。安藤良雄『「経済法」をめぐる諸問題』資本論と帝國主義論下五一九頁以下。

(11) 儀我壮一郎「現代日本の独占企業」一二〇頁以下。

(12) 正田彬・前掲書一一九頁、一二〇頁。

(13) 池島・前掲企業合同法制一〇頁。

(14) 池島「独占禁止法制と企業の責任」経営法学ジャーナル季刊二号四〇頁以下。

(15) 今村成和「独占」経営法学全集一二卷一二頁。

(16) 正田彬・前掲書六四頁。

(17) 竹中喜満太「独占のはなし」二〇五頁。

(18) クレイトン法一条は、この主要二法にくわえ、ウィルソン・タリフ法、ロビンソン・パットマン法を反トラスト法諸法としている。その他連邦取引委員会法がくわえられるよう。もともと、シャーマン法は、コモン・ローを言葉で表現したものであり、コモン・ローのもとで確立された先例を参考に行っている。

(19) E・Wキントナー「反トラスト法」有賀監訳xii。

(20) キントナー・前掲書二四八頁。

(21) 公取委事務局編「アメリカにおける反トラスト法六十年史」、矢沢惇「アメリカにおける反トラスト法の形成」法律時報二〇二号一二〇五号参照。

(22) 竹中喜満太編「独占禁止法実務講座」五頁。

(23) 池島・前掲現代商法五六頁。



- (24) 稲子恒夫「ソビエト法」早川他・外国法の常識三七頁以下参照。なお、Bilinsky, Andreas: Das sowjetische Wirtschaftsrecht, 1968. は、経済法の対象論、用語、所有権の問題、計画と指標など、最近の問題がのべられている。
- (25) ドイツでの学説の動向については、第一次大戦から第二次大戦終了前までは、丹宗昭信「ドイツ経済法学説史略考」北大法学論集一九巻二号、第二次大戦後の西ドイツは、金子晃「経済法概念の成立と発展」法学研究三九巻一二号にそれぞれ詳しい。
- (26) 下山瑛二「資本主義経済と行政権」現代法と経済一〇六頁。
- (27) 今村成和「経済法概念」学説展望三九〇頁参照。
- (28) 渡辺洋三・前掲近代市民法九九頁。なお、丹宗昭信「経済法」学説百年史一九五頁以下は、学体系自体の確定作業がまだ十分に完了していない分野では、学説史の主要なテーマは、その概念、対象、法原理などの問題にしばられるとされる。
- (29) 金沢良雄「経済法」一九頁。
- (30) 田中誠二「経済法概説」二五頁以下。
- (31) 今村成和「私的独占禁止法の研究(三)」二八六頁。
- (32) 丹宗昭信「経済法(学)の独自性」経済法創刊号一二頁以下。「市場」をおき、「統制概念を分析する試み」により、市場支配を規制する法とみる。独禁法が市場支配を規制するという意味で経済法と評価される。独禁法を重視する点で正田説と共通するが、同時にその「従属性」によって、社会法の一領域を構成するとされる。
- (33) 正田彬・前掲書三七頁、同「経済法」現代法と経済二〇〇頁以下。寡占経済に特徴的な社会関係を、体制的従属関係と個別的従属関係としてとらえ、実質的自由の回復を独占禁止政策の目的とする理論をたて、独禁法を中心にすえて、従属経済の法として統一的に把握する。独禁法を重視される。①従属経済の理論が必ずしも明確でない②だがだれに従属しているのか明らかにする必要③従属経済を規定する法とすれば現状肯定におわるおそれ↓民主化経済が存在するという認識に陥りやすいという批判もある。
- (34) 渡辺洋三・前掲近代市民法九九頁以下。
- (35) 宮坂富之助「現代資本主義と経済法」現代法講義一七六頁以下。
- (36) 安藤良雄・前掲五一頁以下。なお、ドイツ系の国では経済政策説が有力で、経済体制もしくは、経済秩序(Wirtschafts-

verfassung od. Wirtschaftsordnung) 〇まり組織經濟にたいして經濟法に政策的な機能をもたすという。吉永栄助「經濟法」株式会社法辞典三四三頁。またなお、經濟法學說の文献として、福光家慶「經濟法」民事法學辭典上卷四二九頁以下、実方正雄「經濟法」經濟學辭典二六九頁など参照。

(37) 池島・前掲独占禁止法制四五頁以下参照。

(38) 藤田勇「法と經濟の一般理論」現代法と經濟二〇頁以下。

(39) 横山正彦「經濟學の二つの流れ」經濟八五号三一頁。

(40) 前田靖幸「『新産業体制』と産業政策」寡占と經濟政策(一九七〇)一一頁。

(41) 藤田勇「法と經濟の一般理論」をめぐって」現代法講義九一頁以下。

(42) 並木信義「独禁政策と産業政策」日本産業と独占禁止法一〇頁以下は、独禁政策は、本来広義の産業政策の一部である。また谷村裕公正取引委員会委員長は、一九五九年一月一五月初登庁記者会見で、①独禁政策は經濟政策の重要な一部だが、産業政策など他の政策との調整が必要なのは当然である②独禁法の改正や公取委組織の改組は当面考えていないが、經濟の情勢の変化に応じて常に検討する姿勢は持ちたい③消費者行政をはじめ公取委の仕事は公取委だけでできるものではないから、これからは他の行政官庁との協力を密にしていきたい—などの点を強調した。同一六日、日経。

(43) 前田・前掲同頁。

(44) 池島・前掲独占禁止法制四五頁以下。

(45) 池島・前掲現代商法六四頁。

(46) 池島・前掲企業合同法制一七頁。

(47) 松岡正美「經濟法」理論における問題点―『商法Ⅱ企業法』論と『独禁法Ⅱ經濟法』論の周辺―法律時報四五五号三〇頁。

(48) 鈴木竹雄「經濟の変遷と商法」商法の企業法的考察の意義七六頁以下、石井照久「概説商法」一六頁など。

(49) 西原寛一「日本商法論第一卷」六四頁以下、田中誠二「商法総論」二二二頁、大隅健一郎「商法総則」五四頁。

(50) 鈴木竹雄・前掲同頁、石井照久・前掲同頁。

(51) 大隅健一郎「独占禁止法と株式会社法」株式会社法講座一卷一四一頁参照。

(52) なお、富山康吉「法と經濟の理論に関する若干の問題」經濟法一二号二四頁以下は、私法の發展を説明する同じ論理で、

(53)

経済法現象も解明できるか否かについて、示唆的である。

企業と国民経済↓体制との関係は、いわゆる経済組織法であり、企業の成立・存続・構成を規制する法、企業合理化法、独占形成（助長）法、国家管理法、特殊企業形態法などによる。企業と第三者との関係が、国民経済↓体制とどのような関係にあるかが規制される側面は、経済活動法であり、金融資金の規制の財政投融资関係法、物資・物価規制法、対外的経済法、資源の最適配分のための資源規制法などによる。

(一九七一・七・一〇)